

PERKANČIOJI ORGANIZACIJA

Perkančioji organizacija yra subjektas, inicijuojantis viešąjį pirkimą, privalantis tinkamai įvykdyti viešojo pirkimo procedūras, taip pat nagrinėjantis tiekėjų skundus dėl jos priimtų sprendimų, sudarantis preliminarią eilę ir išrenkantis laimėtoją, su kuriuo sudaro viešojo pirkimo sutartį. Tik subjektai, turintys perkančiosios organizacijos statusą, privalo laikytis nacionalinių ir Europos Bendrijos viešųjų pirkimų teisės normų, ir atitinkamai – pirkimai, vykdomi ne perkančiųjų organizacijų, nėra laikomi viešaisiais ir jiems turėtų būti taikomos kitos teisės normos. Tinkamas perkančiosios organizacijos statuso nustatymas reikšmingas pačioms perkančiosioms organizacijoms, siekiančioms teisėtai sudaryti sandorius dėl prekių, paslaugų ar darbų įsigijimo. Be to, tai svarbu ir tiekėjams, kurie gali apskusti perkančiosios organizacijos (nors tokia ji savęs nelaikė) veiksmus, pavyzdžiui, viešojo pirkimo konkurso nepaskelbimą, ir taip siekti su kitais tiekėjais varžytis dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo.

Kriterijai, pagal kuriuos subjektui pripažįstamas perkančiosios organizacijos statusas, įtvirtinti VPĮ 4 straipsnyje, kuriame perkeltos Direktyvos 2004/18 nuostatos. Be to, Lietuvos Respublikos ūkio ministro 2006 m. vasario 1 d. įsakymu Nr. 4-42 yra patvirtinti Perkančiųjų organizacijų sąrašai.

Pagal VPĮ 4 straipsnį išskirtinos dvi perkančiųjų organizacijų kategorijos. *Pirmoji* – tai valstybės ar savivaldybės valdymo institucijos. Pagal Viešojo administravimo įstatymą tai atitiktų visas viešojo administravimo institucijas: centrinius ir teritorinius valstybinio administravimo subjektus (institucijas) bei savivaldybių administravimo subjektus (institucijas). Perkančiosios organizacijos statusui pripažinti nebūtinai reikia, kad subjektas formaliai įeitų į valstybės ar savivaldybės administracijos sudėtį. Siekiant užtikrinti įsisteigimo laisvę ir laisvo paslaugų judėjimo principą, perkančiosios organizacijos sąvoka turi būti aiškinama pagal *funkcinį* metodą (žr. toliau) (pvz., *Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 1998 m. lapkričio 10 d. Sprendimas Gemeente Arnhem ir Gemeente Rheden / BFI Holding, C-360/96, Rink. 1998, p. I-6821*). Dėl to nėra skirtumo, kokių teisiniu pagrindu yra sukurtas perkančiosios organizacijos statusą turintis subjektas. Teisingumo Teismas pažymėjo, kad subjektas, kurio įsteigimą ir funkcijas įtvirtina įstatymas ir kuris didžiąja dalimi priklauso nuo viešosios valdžios bei teikia viešąsias paslaugas, priskirtinas valstybės aparatui, net jeigu formaliai jis ir neįeina į valstybės aparato sudėtį ir net nepaisant aplinkybės, kad šis subjektas neturi teisinio subjektiškumo. Priešingas viešųjų [darbų] pirkimų direktyvos aiškinimas keltų grėsmę jos tikslams (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 1988 m. rugsėjo 20 d. Sprendimas Beentjes prieš Nyderlandų valstybę, 31/87, Rink. 1988, p. 4635*). Taigi šiuo atveju svarbiausia, kad subjektas savo veikla įgyvendintų viešojo administravimo *funkciją* ir (arba) šiam subjektui būtų patikėta bent iš dalies vykdyti veiklą, susijusią su šios funkcijos įgyvendinimu ir (arba) viešųjų interesų tenkinimu. Dėl to, pavyzdžiui, įvairios viešosios įstaigos, įsteigtos prie valstybinių įstaigų, ar valstybės arba savivaldybės įmonės laikytinos perkančiosiomis organizacijomis VPĮ 4 straipsnio 1 dalies 1 punkto prasme.

Antroji perkančiųjų organizacijų kategorija – viešasis ar privatus juridinis asmuo, išskyrus valstybės ar savivaldybių valdymo įstaigas. VPĮ 4 straipsnio 2 dalyje įtvirtinta sąvoka „viešieji ir privatus juridiniai asmenys“ atitinka Direktyvoje 2004/18 nurodytą sąvoką „įstaigos, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė“ ir šioje Apžvalgoje apžvelgiant Teisingumo Teismo praktiką bus vartojamos kaip sinonimai.

Tam, kad *viešiesiems ar privatiems juridiniams asmenims* būtų pripažintas perkančiosios organizacijos statusas, be juridinio asmens statuso reikalavimo, būtina, kad jų visa ar tam tikra veiklos dalis specialiai būtų skirta viešiesiems interesams, kurie yra nekomercinio ir nepramoninio pobūdžio, tenkinti ir arba:

a) jų veikla būtų daugiau kaip 50 procentų finansuojama iš valstybės ar savivaldybių biudžetų ar kitų valstybės ar savivaldybių fondų lėšų, arba kitų viešųjų ar privačiųjų juridinių asmenų lėšų; arba

b) jie kontroliuojami valstybės ar savivaldybių institucijų arba kitų įstaigų, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė; arba

c) jie turi administraciją, valdymo ar priežiūros organą, kurio daugiau kaip pusė narių skiriami valstybės ar savivaldybių institucijų arba kitų viešųjų ar privačiųjų asmenų, reglamentuojamų VPI 4 straipsnio.

Siekiant rinkos konkurencingumo skatinimo ir skaidrumo, sąvoka „įstaigos, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė“ turi būti aiškinama pagal *funkcinį* metodą (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2001 m. vasario 1 d. Sprendimas Komisija prieš Prancūziją, C-237/99, Rink. p. I-939*). Atsižvelgiant į šiuos tikslus, ši sąvoka turi būti suprantama plačiai (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2003 m. vasario 27 d. Sprendimas Adolf Truley, C-373/00, Rink. 2003, p. I-1931*). Dėl to, aiškinantis, ar privatus subjektas priskirtinas įstaigai, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė, pakanka patikrinti, ar šis subjektas sukurtas turint tikslą tenkinti ne komercinio ir ne pramoninio pobūdžio interesus, ar jis turi teisinį subjektiškumą ir yra glaudžiai susijęs su valstybe ar jos institucija. Funkcinis metodas reiškia ir tai, kad kiekvienu atveju reikia patikrinti perkančiosios organizacijos statusą kvalifikuojančias aplinkybes, nepaisant to, kad nagrinėjamas subjektas neįrašytas į tam tikrus prie direktyvų pridėtus sąrašus, kuriuose yra nurodytos įstaigos, kurių veiklą reglamentuoja viešoji teisė (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2003 m. gegužės 15 d. Sprendimas Komisija prieš Ispaniją, C-214/00, Rink. 2003, p. I-4667*).

Sąvoka „viešieji interesai, neturintys komercinio ar pramoninio pobūdžio“ priklauso Bendrijos teisei ir turi būti aiškinama savarankiškai ir vienodai visose valstybėse narėse, atsižvelgiant į normos, kurioje ji įtvirtinta, kontekstą ir jos siekiamą tikslą (nurodytas *Sprendimas Adolf Truley*). Viešaisiais interesais, neturinčiais komercinio ar pramoninio pobūdžio, pripažįstami tokie poreikiai, kurie, pirma, tenkinami kitu nei vertybių ir paslaugų pasiūlymo (oferta) rinka būdu, ir, antra, kurių atžvilgiu visuomeninio intereso sumetimais valstybė pati ar per kitą kontroliuojamą subjektą, nesvarbu, ar jo veikla reguliuojama privatinės ar viešosios teisės, nusprendžia patenkinti šiuos poreikius (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2003 m. gegužės 22 d. Sprendimas Korhonen ir kt., C-18/01, Rink. 2003, p. I-5321*). Viešųjų interesų, neturinčių komercinio ar pramoninio pobūdžio, buvimas ar nebuvimas turi būti nustatomas vertinant teisinių ir faktinių veiksnių visumą. Tokiais veiksniais gali būti aplinkybės, nulėmusios subjekto sukūrimą (įsteigimą), sąlygos, kuriomis jis vykdo savo veiklą, įskaitant išplėtotos konkurencijos lygį rinkoje, t. y. ar subjektas veikia konkurencinėje aplinkoje su privačiomis įmonėmis, ar valstybė paprastai pati pasirenka tenkinti tokius poreikius, kuriuos tenkina subjektas, ar jokiais kitais būdais šių poreikių rinka negali patenkinti, pelno kaip (ne)pagrindinio tikslo siekimas, aplinkybės, kurios parodo, ar subjektas savo veikloje vadovaujasi produktyvumo ir kainų efektyvumo kriterijais, ar subjektas prisiima ekonominę riziką dėl savo veiklos, ar galimi nuostoliai padengiami valstybės, ir kt. Sprendžiant apie viešojo intereso, kuris yra nekomercinio ir nepramoninio pobūdžio, tenkinimą, nereikėtų vadovautis vien bendra privačių juridinių asmenų tikslu (pelno siekimu) ar jų veiklos, kuri nusakoma kaip ūkinė–komercinė, apibrėžtimi (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2003 m. spalio 16 d. Sprendimas Komisija prieš Ispaniją, C-283/00, Rink. 2003, p. I-11697*)[\[18\]](#).

Įstatymų leidėjas turėjo tikslą išskirti tokius interesus, kurie yra ne komercinio ar pramoninio pobūdžio, t. y. nurodytas pobūdis yra tikslinantis, o ne apibūdinantis viešųjų interesų kriterijus. Vadinasi, esama ir tokių viešųjų interesų, kurie yra komercinio ar pramoninio pobūdžio ir todėl dėl jų subjektas neįgyja perkančiosios organizacijos statuso (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo*

2001 m. gegužės 10 d. Sprendimas Agorà ir Excelsior, C-223/99 ir 260/99, Rink. 2001, p. I-3605)[19].

Dėl perkančiosios organizacijos, sukurtos tenkinti viešuosius interesus, neturinčius komercinio ar pramoninio pobūdžio, išplėtotą vadinamoji *infekcijos teorija*, pagal kurią tokie subjektai, vykdančys nors ir mažą savo veiklos dalį, turinčią viešojo intereso požymių (t. y. atitinkamai didžioji jų vykdomos ekonominės veiklos dalis yra grynai komercinė), priskirtini perkančiosioms organizacijoms (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 1998 m. sausio 15 d. Sprendimas Mannesmann Anlagenbau Austria ir kt. / Strohal Rotationsdruck, C-44/96, Rink. 1998, p. I-73*). Ši teorija grindžiama tuo, kad subjektui, sukurtam specialiai viešajam interesui tenkinti, nedraudžiama užsiimti kita veikla, dėl kurios pobūdžio ir masto jis anaiptol nepraranda savo perkančiosios organizacijos statuso. Aplinkybė, jog viešojo intereso tenkinimas sudaro tik palyginti labai mažą subjekto veiklos dalį, teisiškai nėra reikšmingas, jei šis subjektas tenkina visuomeninius poreikius, kuriuos jis specialiai yra įpareigotas tenkinti. Nesvarbu ir tai, kad tokios perkančiosios organizacijos tvarko atskirą apskaitą ir siekia atskirti veiklą, kurią vykdo tam, kad patenkintų visuotinės svarbos poreikius, ir konkurencijos sąlygomis vykdomą veiklą (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2008 m. balandžio 10 d. Sprendimas Ing. Aigner, C-393/06, dar nepaskelbtas Rinkinyje*).

Infekcijos teorija netaikoma vertikalčiai. Perkančiosios organizacijos statuso nustatymo ir priskyrimo aspektu nekomercinio ir nepramoninio pobūdžio viešieji interesai „užkrečia“ šio subjekto vykdomas kitokio pobūdžio veiklas (horizontalus *infekcijos teorijos* taikymas). Tačiau tam, kad subjektui būtų pripažįstamas perkančiosios organizacijos statusas, nepakanka, kad jis būtų įsteigtas perkančiosios organizacijos, jei šis subjektas atlieka veiklą, neskirtą viešajam interesui, kuri yra nekomercinio ar pramoninio pobūdžio, tenkinti[20].

Sprendžiant perkančiosios organizacijos statuso nustatymo klausimą, reikšmingas viešųjų interesų (kurie yra nepramoninio ir nekomercinio pobūdžio) tenkinimo pradžios aspektas. Subjektas, kuris nebuvo iš pat pradžių įsteigtas viešiesiems interesams tenkinti, bet vėliau prisiėmė pareigų, susijusių su viešųjų interesų tenkinimu, atitinka sąlygą (viešieji interesai, kurie yra nepramoninio ir nekomercinio pobūdžio), nusakančią subjektą, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė. Viešųjų pirkimų teisės normos nebūtų efektyvios, jei išimtinai, atsižvelgiant tik į viešųjų interesų tenkinimo pradžią, subjektas galėtų būti neįtraukiamas į subjektų, kurie valdomi vadovaujantis viešąja teise, sąrašą. Egzistuojanti pareiga, susijusi su viešųjų interesų tenkinimu, turi būti objektyviai nustatyta, todėl nereikšminga, kad subjekto įstatuose nebuvo padaryta pakeitimų dėl praktinių veiklos pasikeitimų. Nors įstatatai ir nebuvo formaliai pakeisti, kad rodytų praktinius veiklos pasikeitimus, viešųjų interesų tenkinimą galima objektyviai nustatyti (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2002 m. gruodžio 12 d. Sprendimas Universale-Bau ir kt., C-470/99, Rink. 2002, p. I-11617*).

Dėl įstaigos, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė, finansavimo iš valstybės ar savivaldybės finansinių išteklių

Taikant nurodytą VPI 4 straipsnio 2 dalies 1 straipsnio nuostatą, svarbu nustatyti finansavimo šaltinį, t. y. ar VPI nuostatų prasme šaltinis, iš kurio gaunamas finansavimas, subjektą leidžia priskirti prie perkančiųjų organizacijų, jei jis atitinka kitus VPI nustatytus reikalavimus. Net ir tuo atveju, kai subjektas nėra tiesioginis valstybinio finansavimo adresatas, bet netiesiogiai naudojasi šiuo finansavimu, laikoma, kad toks subjektas finansuojamas valstybės. Taigi studentų stipendijos, subsidijos, skirtos tyrimo darbams remti, yra valstybinis universiteto finansavimas. Vertinant finansavimo prigimtį, svarbu atsižvelgti į subjekto *komercinį (pramoninį)* veiklos pobūdį ir jo dalį visoje veikloje. Dėl to valstybinio finansavimo pobūdis priklausys nuo to, ar valstybės finansuojamas subjektas už šį finansavimą suteikia atitinkamą vertybių ekvivalentą. Atsižvelgiant į

tai, atlygis už mokslinius tyrimus kaip už konkrečią paslaugą nelaikomas valstybiniu finansavimu (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2000 m. spalio 3 d. Sprendimas University of Cambridge, C-380/98, Rink. 2000, p. I-8035*). Taigi subjekto finansavimo pobūdžiui nustatyti svarbi jo finansavimo sutartinė prigimtis.

Sąvoka „veikla yra daugiau kaip 50 procentų finansuojama iš valstybės ar savivaldybių biudžetų arba kitų valstybės ar savivaldybių fondų lėšų“, remiantis Teisingumo Teismo praktika, neturi būti aiškinama kaip reiškianti tiesioginį priežastinį ryšį tarp finansavimo ir valstybės. Dėl to, jei finansavimą sudaro rinkliavos iš vartotojų, kurių rinkimas teisiškai deleguotas subjektui ir ši rinkliava surenkama naudojantis viešosios valdžios suteiktomis valdingomis galiomis, šis subjektas pripažintinas kaip daugiausia iš valstybės lėšų finansuojamu subjektu (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2007 m. gruodžio 13 d. Sprendimas Bayerischer Rundfunk ir kt., C-337/06, Rink. 2007, p. I-11173*)^[21]. Šioje byloje aiškinantis finansavimo šaltinio prigimtį, buvo svarbu įvertinti ir rinkliavos teisinį pagrindą, t. y. tai, kad rinkliava nebuvo nustatyta vartotojų ir transliuotojų sutartimi, o įteisinta kaip pareiga mokėti rinkliavą, atsirandanti kiekvienam, kuris turi radijo ar televizijos imtuvą, ir nesanti atlyginimas už realų (faktinį) naudojimąsi šių įstaigų teikiamomis paslaugomis. Galiausiai teisės aiškinimo ir taikymo prasme nesvarbu, ar lėšos įplaukia per valstybės biudžetą, t. y. ar valstybė iš pradžių surenka rinkliavas ir vėliau jas perveda transliuotojų įstaigoms, ar valstybė šioms įstaigoms suteikia teisę pačioms jas rinkti (nurodytas *Sprendimas Bayerischer Rundfunk ir kt.*).

VPI neapibrėžia finansavimo laikotarpio pradžios. Jei subjektas finansuojamas iš valstybės lėšų ir kitų finansinių šaltinių arba turi nuosavų lėšų iš vykdomos veiklos (pvz., komercinės), būtina išsiaiškinti, ar valstybė tokį subjektą finansuoja daugiau kaip 50 proc. jo visų turimų lėšų sumos ar ne. Taikant VPI 4 straipsnio 2 dalies 1 punktą, gali iškilti problema, jei valstybė subjektą finansuoja nereguliariai, skirtingomis apimtimis arba šio subjekto biudžetinių metų viduryje, kai prieš tai buvo nustatyta, kad subjektas neturi perkančiosios organizacijos statuso. Tais atvejais reikšminga atsižvelgti į Teisingumo Teismo praktiką.

Sprendžiant finansavimo atskaitos taško klausimą, reikia atsižvelgti į teisinio tikrumo principą. Be to, taikant perkančiosios organizacijos statuso nustatymo procedūrą, būtina remtis ir tam tikru šios procedūros numatomumo (pranc. *une prévisibilité*) kriterijumi, nes tokio subjekto finansavimas įvairiais metais gali būti skirtingas. Labiausiai tinkamas periodas finansavimui apskaičiuoti yra tie biudžetiniai metai, kuriais pradedami pirkimai. Remiantis viešųjų pirkimų teisiniu reguliavimu, vykdydama pareigą paskelbti visus būsimus tam tikrą sumą siekiančius pirkimus, perkančioji organizacija savo statusą išlaiko visus dvylika mėnesių nuo biudžetinių metų pradžios. Dėl to, atsižvelgiant į teisinio tikrumo ir numatomumo principus, perkančiosios organizacijos statusas turi būti nustatomas kasmet ir iš anksto, remiantis biudžetinių metų pradžios rodikliais, prieinamais prieš prasidedant biudžetiniams subjekto metams, net jei jie yra tik preliminarūs, apytiksliai (metų pradžioje planuojamas finansavimas) (nurodytas *Sprendimas University of Cambridge*). Taigi, vienais biudžetiniais metais organizacija gali būti VPI subjektas, t. y. perkančioji organizacija, kitais – ne. Atsižvelgiant į Teisingumo Teismo išaiškinimą toje pačioje byloje, perkančioji organizacija turi taikyti viešųjų pirkimų procedūras visiems pirkimams, pradėtiems tais biudžetiniais metais, kuriais ji yra perkančioji organizacija. Dėl to, kai pirkimas pradedamas pagal VPI, jis turi būti baigiamas tęsiant VPI nustatytas procedūras, nepriklausomai nuo to, kad organizacijos statusas pasikeičia.

Dėl įstaigos, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė, kontrolės

Perkančiosios organizacijos statusui nustatyti yra keliamas ir kitas alternatyvus reikalavimas – *įstaigos, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė, kontrolė*. Pagal Teisingumo Teismo praktiką subjekto kontrolė yra veiksnys, nusakantis jo savarankiškumą ir galimybę savarankiškai veikti rinkoje be valstybės institucijų įtakos jo priimamiems sprendimams. Netgi jei iš teisės aktų nuostatų aiškiai neiškyla valstybės teisės kontroliuoti viešųjų pirkimų vykdymą, valstybė gali šią kontrolę vykdyti mažių mažiausiai netiesiogiai. Dėl to toks subjektas priskirtinas prie valstybės kontroliuojamų (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 1998 m. gruodžio 17 d. Sprendimas Connemara Machine Turf, C-306/97, Rink. 1998, p. I-8761; 1998 m. gruodžio 17 d. Sprendimas Komisija prieš Airiją, C-353/96, Rink. 1999, p. I-8565*). Pripažįstama, kad subjekto kontrolė egzistuoja, kai teisės norma nustato arba viešojo administravimo institucijos priima sprendimus dėl gaminamų prekių kainos, kiekio, veiklos pobūdžio, krypties bei tempo, teisės centrinės administracijos atstovui likviduoti šį subjektą, galimybės viešojo administravimo institucijai vykdyti patikras vietoje, atlikti auditus bei teikti iš to išplaukiančius pasiūlymus (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2001 m. vasario 1 d. Sprendimas Komisija prieš Prancūziją, C-237/99, Rink. 2001, p. I-939*) ir pan. Be to, kontrolei, kitaip tariant subjekto nesavarankiškumui, prilyginamas ir tam tikras finansinės priklausomybės aspektas, t. y. atvejis, kai šis subjektas neprisiima finansinės rizikos ir valstybė finansinėmis priemonėmis gali apsaugoti jį nuo likvidavimo (nurodytas *Sprendimas Komisija prieš Ispaniją, C-283/00*).

Dėl įstaigos, kurios veiklą reglamentuoja viešoji teisė, priežiūros

Siekiant nustatyti, ar subjektas, kuris reguliuojamas viešosios teisės ir kurio visa ar dalis veiklos specialiai skirta nekomercinio ar nepramoninio pobūdžio viešiesiems interesams tenkinti, yra perkančioji organizacija, gali reikėti nustatyti šio subjekto priežiūros, vykdomos valstybės ar savivaldybės institucijų, pobūdį, t. y. išsiaiškinti, ar šios institucijos skiria daugiau kaip pusę minėto subjekto administracijos, valdymo ar priežiūros narių. Teisingumo Teismo nuomone, ši sąlyga (kaip ir dvi kitos) iliustruoja glaudų valdžios ir perkančiosios organizacijos priklausomumo (subordinacijos) ryšį. Šios trečiosios alternatyviosios sąlygos (žr. antroji perkančiųjų organizacijų kategorija) taikymui neturi teisinės reikšmės tai, ar subjekto valdymo organų narius valdžios institucijos (ministras) atleidžia ir į jų vietą laikinai skiria kitus tik išimtiniais atvejais, kai aptinkami reikšmingi veiklos (veikimo ar neveikimo) pažeidimai, taip pat ir tai, ar šis skyrimas yra tęstinio pobūdžio. Tokia kontrolė nereiškia tik įprastos administracinio pobūdžio teisės pažeidimų kontrolės. Be to, reikšmingus pažeidimus galima nustatyti, kai valdžios institucijų vykdoma kontrolė yra nuolatinė ir veiksminga (nurodytas *Sprendimas Komisija prieš Prancūziją, C-237/99*).

Vidaus sutartys

Galimos situacijos, kai perkančiosios organizacijos statusą turinčio subjekto sudaromiems sandoriams nebus taikomas viešųjų pirkimų reguliavimas. Šios išimtinės situacijos (paprastai paslaugų teikimo srityje), nesukeliančios perkančiosioms organizacijoms pareigos laikytis viešųjų pirkimų procedūrų, yra vidaus sutartys (toliau ir – vidaus sandoriai).

Tiek Bendrijos, tiek Lietuvos teisės normos vidaus sutarčių sudarymo klausimo nereglamentuoja. Vidaus sandorių institutą viešųjų pirkimų teisėje išplėtojo Teisingumo Teismas.

Viešojo pirkimo sutartimi pripažįstami sandoriai, sudaryti dviejų teisiškai nepriklausomų subjektų – perkančiosios organizacijos ir tiekėjo. Šio teisinio reglamentavimo išimtis yra vadinamieji *in-house* santykiai, t. y. santykiai, grindžiami vidaus pavaldumu. Šie vidaus arba *in-house* sandoriai suprantami plačiai ir siaurai. Vidaus sandoriai siaurąja prasme yra veiksmi, kai viešosios teisės reglamentuojama įstaiga sudaro pirkimo sutartį su savo padaliniu, neturinčiu savarankiško teisinio

statuso. Perkančiajai organizacijai leidžiama įgyti prekes, paslaugas ar darbus be viešojo pirkimo konkurso, jei tiekėjas nėra formaliai atskirtas ir sprendimų priėmimo atžvilgiu savarankiškas nuo perkančiosios organizacijos. Teisingumo Teismas konstatavo, kad valdžios institucija, kuri yra perkančioji organizacija, gali įgyvendinti su viešuoju interesu susijusias užduotis savo administracinėmis, techninėmis ir kitomis priemonėmis ir neprivalo kreiptis į kitas įmones (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2005 m. sausio 11 d. Sprendimas Stadt Halle ir RPL Lochau, C-26/03, Rink. 2005, p. I-1*). Plačiaja prasme vidaus sandoriams gali būti priskiriami tam tikri atvejai, kai perkančioji organizacija sudaro sutartis su savo kontroliuojamomis bendrovėmis, turinčiomis savarankišką teisinį statusą. Šiuo atveju tai nėra tik paprastos vidinės administracinės procedūros, tačiau sutartiniai perkančiosios organizacijos ir nuo jos teisiškai atskirto tiekėjo santykiai, kurie nepatenka į viešųjų pirkimų teisinį reguliavimą.

Teisingumo Teismo praktikoje aiškinama Bendrijos teisė, apimanti tarptautinius pirkimus arba nacionalinius (supaprastintus) pirkimus, turinčius tarptautinį interesą. Vis dėlto, atsižvelgiant į tai, kad vidaus sutarčių sudarymas glaudžiai susijęs su tiekėjų konkurencijos, varžantis dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo, skatinimu (tiksliau – jos išimtimi) bei nediskriminavimo ir skaidrumo principų taikymu, manytina, kad vidaus sandorių išimtis galėtų būti taikoma ir supaprastintiems pirkimams. Kita vertus, jei būtų priešingai, t. y. supaprastintiems pirkimams nebūtų taikoma vidaus sutarčių sudarymo išimtis, susidarytų paradoksali situacija: supaprastinti pirkimai būtų reglamentuojami griežčiau už tarptautinius.

Kadangi vidaus sandoriai yra bendrojo viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo išimtis, Teisingumo Teismas nustatė sąlygas, kurioms esant perkančiosios organizacijos ir tiekėjo santykiai yra laikomi *in house* santykiais: *pirma*, perkančioji organizacija nuo jos teisiškai nepriklausomos įmonės (tiekėjo) atžvilgiu vykdo kontrolę, analogišką tai, kurią ji turi vykdyti savo tarnybų (administracinių padalinių) atžvilgiu, ir, *antra*, tokia įmonė (tiekėjas) didžiąją savo veiklos dalį turi vykdyti kartu su valstybine įstaiga, kuri ją valdo, t. y. įmonė turi veikti savo viešojo dalininko naudai, o [sutartiniai] santykiai su trečiaisiais asmenimis nėra reikšmingi (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 1999 m. lapkričio 18 d. Sprendimas Teckal, C-107/98, Rink. 1999, p. I-8121*).

Tam, kad perkančiosios organizacijos sudaromi sandoriai su teisiškai atskiru subjektu būtų pripažinti vidaus sutartimi, būtinos abi sąlygos ir jos privalo būti taikomos kartu. Aiškinant tapatų kontrolės ir vykdomos veiklos pobūdį, taikytini ne vien formalūs, bet ir vertinamieji kriterijai.

Aplinkybių, leidžiančių nukrypti nuo Bendrijos nuostatų taikymo, įrodinėjimo pareiga tenka asmeniui, siekiančiam jomis pasinaudoti (nurodytas *Sprendimas Stadt Halle ir RPL Lochau*). Perkančiosios organizacijos sprendimas netaikyti viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūros (kai ji tokią pareigą turi) turi būti laikomas tapačiu jos sprendimui užbaigti tokią procedūrą. Kai perkančioji organizacija nusprendžia netaikyti tokios procedūros remdamasi tuo, kad nagrinėjama sutartis, jos nuomone, nepatenka į Bendrijų teisės taikymo sritį, tokiam sprendimui būtina turi būti taikoma teisminė kontrolė (nurodytas *Sprendimas Stadt Halle ir RPL Lochau*).

1) perkančiosios organizacijos tiekėjo atžvilgiu vykdoma kontrolė yra analogiška tai, kurią ji vykdo savo tarnybų atžvilgiu

Neabejotina, kad perkančioji organizacija kontroliuoja teisiškai nuo jos atskirtą subjektą (įmonę) kaip savo administracijos padalinius, jei ji tokios įmonės kapitale dalyvauja viena, t. y. ji yra vienintelė šio tiekėjo akcininkė. Taigi perkančiosios organizacijos, kuriai priklauso visas dukterinės įmonės kapitalas, interesai ir šios įmonės interesai iš esmės sutampa. Privataus trečiojo asmens buvimas įmonėje (tiekėjo sudėtyje) visada reiškia, kad valstybės institucija bent jau minimaliai

atsižvelgtų į jo ekonominius interesus, ir tik tada privatus trečiasis asmuo valstybės institucijai suteiktų savo „know-how“ (technologinės naujovės, pažangioji patirtis, gamybinės komercinės paslaptys) arba finansinius išteklius. Dėl to, jeigu trečiajam privačiam asmeniui priklauso nors ir nedidelė įmonės (tiekėjo), kurios dalį kapitalo valdo atitinkama perkančioji organizacija, kapitalo dalis, akivaizdu, kad perkančioji organizacija negali kontroliuoti tokios įmonės taip, kaip savo tarnybų (administracijos padalinių). Vien tik privataus trečiojo asmens buvimas, nors ir jam turint mažumą įmonės kapitale be veto teisės, neleidžia perkančiajai organizacijai vykdyti kontrolės, analogiškos į savo pačios tarnybų kontrolę. Teisingumo Teismo nuomone, bet koks privataus kapitalo dalyvavimas įmonėje verčia vadovautis privataus intereso taisyklėmis ir siekti kitokių tikslų (nurodytas *Standt Halle ir RPL Lochau*). Be to, sutarties sudarymas su įmone, kurios kapitalą sudaro valstybinis ir privatus kapitalas, nepaskelbus konkurso, pažeistų atviros ir neiškraipytos konkurencijos tikslą bei vienodo požiūrio (lygiateisiškumo) į suinteresuotus asmenis principą, nes dalį įmonės kapitalo turinti privati įmonė atsidurtų palankesnėje situacijoje nei jos konkurentai (nurodytas *Sprendimas Stadt Halle ir RPL Lochau*).

Vertinant, ar turi būti taikomos viešųjų pirkimų teisės normos, svarbi ne tik reali viešojo pirkimo sutarties sudarymo data, kurios metu valdžios institucijai priklausė 100 proc. tiekėjo akcijų, bet ir vėlesni valdžios institucijos veiksmai (kapitalo perleidimas), rodantys valdžios institucijos įmonės kontrolės, tapačios savo tarnyboms, veiksmingumą (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2005 m. lapkričio 10 d. Sprendimas Komisija prieš Austriją, C-29/04, Rink. 2005, p. I-9705*)^[22]. Nurodytame sprendime Teisingumo Teismas viena paskui kitą įvykdytas operacijas (išimtinės paslaugų teikimo teisės perdavimą ir kapitalo perdavimą) kvalifikavo kaip dirbtinai suskirstytas, siekiant pasinaudoti vidaus sandorio išimtimi. Jei būtų laikomasi griežto operacijų chronologiškumo, būtų susilpnintas viešųjų pirkimų teisės nuostatų veiksmingumas.

Įmonės (tiekėjo) kontrolės ir savo tarnybų kontrolės tapatumas nereiškia identiškumo. Dėl to, kai teisiškai nuo perkančiosios organizacijos atskiras tiekėjas yra akcinė bendrovė ar uždaroji akcinė bendrovė, kontrolė negali apimti visų tokio subjekto veiklos aspektų, ypač šios įmonės einamųjų sandorių atžvilgiu. Taigi perkančiosios organizacijos ir jos kontroliuojamos įmonės vidiniai santykiai atskirtini nuo šios įmonės išorinių santykių su trečiosiomis šalimis. Vertinant įmonę (tiekėją) administravimo atžvilgiu, svarbu ne tai, ar valstybės institucijos formaliai turi tas pačias teises poveikio galimybes kaip savo pačių tarnyboms (pvz., teisę duoti nurodymus konkrečiu atveju), o tai, ar perkančioji organizacija iš tikrųjų gali bet kuriuo metu pasiekti, kad visi jos tikslai, susiję su viešaisiais interesais, būtų pripažinti toje įmonėje. Reikalavimas įgyvendinti šiuos viešuosius interesus nurodo, kokių poveikio savo tarnyboms galimybių iš tikrųjų reikia valstybės institucijai (nurodytas *Sprendimas Stadt Halle ir RPL Lochau*). Kontrolė (tapati savo tarnybų kontrolei) pripažįstama egzistuojanti, nustačius, kad valdžios institucija siekia daryti įtaką šios įmonės (tiekėjo) priimamiems sprendimams, o ši įtaka yra lemiamą ir nukreipta į *strateginius tikslus ir svarbius sprendimus* (nurodytas *Sprendimas Parking Brixen*).

Dėl kelių valstybės institucijų įsteigto ūkio subjekto kontrolės, analogiškos savo tarnybų kontrolei, kyla klausimas, ar šią kontrolę turi vykdyti kiekvienas iš šio ūkio subjekto narių individualiai, ar jie gali vykdyti kontrolę kartu, prireikus sprendimus priimdami balsų dauguma. Nebūtina, kad kontrolė, panaši į savo tarnybų, būtų individuali. Kai kelios viešosios valdžios institucijos nusprendžia vykdyti su viešosiomis paslaugomis susijusias užduotis įsteigdamos bendrą subjektą, paprastai neįmanoma, kad tik viena institucija kontroliuotų šio subjekto priimamus sprendimus, nebent jai priklausytų didžioji dalis įmonės akcijų. Dėl to viena iš viešosios valdžios institucijų gali įgyvendinti su viešuoju interesu susijusias užduotis kartu su visomis kitomis, kurios gali kontroliuoti įmonę analogiškai savo tarnyboms, veikdamos kartu. Šiame kontekste teisiškai nereikšminga sprendimų priėmimo procedūra, t. y. ar sprendimai priimami balsų dauguma.

Atsižvelgiant į tai, lemiamos reikšmės neturi ir tai, kokią dalį šioje įmonėje turi konkreti viešosios valdžios įstaiga (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2008 m. lapkričio 13 d. Sprendimas Coditel Barbant, C-324/07, dar nepaskelbtas Rinkinyje*).

Analizuojant valdžios institucijų vykdomą tapačią savo tarnyboms kontrolę, taip pat kyla klausimas, kaip ši kontrolė gali būti vykdoma – tiesiogiai ar netiesiogiai, t. y. per kitą teisės subjektą (pvz., holdingą). Remiantis Teisingumo Teismo praktika, įmonės (tiekėjo) netiesioginė kontrolė (neįvertinus kitų kriterijų) pati savaime nereiškia, kad įmonė (tiekėjas) yra kontroliuojama veiksmingai.

Vertinant, ar perkančioji organizacija įmonę (tiekėją) kontroliuoja analogiškai kaip savo tarnybas, reikia atsižvelgti į visas teisės aktų nuostatas ir svarbias aplinkybes. Šis nagrinėjimas turi parodyti, kad bendrovė, su kuria sudaryta sutartis, yra kontroliuojama taip, kad perkančioji organizacija gali daryti įtaką šios bendrovės sprendimams. Tai turi būti galimybė daryti lemiamą įtaką tiek strateginiams tikslams, tiek svarbiems šios bendrovės sprendimams. Dėl to vienintelė aplinkybė, kad perkančiajai organizacijai, vienai ar kartu su kitomis viešosios valdžios institucijomis, priklauso visas bendrovės, su kuria sudaryta sutartis, kapitalas, *parodo tikimybę, tačiau neužtikrina*, kad ši perkančioji organizacija kontroliuoja šią bendrovę analogiškai kaip savo tarnybas *Teckal* sprendimo prasme (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2006 m. gegužės 11 d. Sprendimas Carbotermo ir Consorzio Alisei, C-340/04, Rink. 2006, p. I-4137*)^[23]. Atitinkamai netiesiogiai valdomos įmonės (tiekėjo) kontrolė gali būti pripažįstama kaip analogiška savo tarnybų kontrolei, jei tokia netiesiogiai valdoma įmonė privalo vykdyti valdančiųjų valstybės institucijų duotus užsakymus ir neturi galimybių nustatyti savo veiklos įkainių (*Europos Bendrijų Teisingumo Teismo 2007 m. balandžio 19 d. Sprendimas Asociación Nacional de Empresas Forestales, C-295/05, Rink. 2007, p. I-2999*).

2) įmonės (tiekėjo) vykdoma veikla ją kontroliuojančios valdžios institucijos naudai

Šiuo reikalavimu siekiama užtikrinti, kad ir toliau būtų taikomos viešųjų pirkimų procedūros tais atvejais, kai vieno ar daugiau subjektų kontroliuojama įmonė veikia rinkoje ir todėl gali pradėti konkuruoti su kitomis įmonėmis (nurodytas *Sprendimas Carbotermo ir Consorzio Alisei*). Teisingumo Teismo nuomone, jei taikomi tokie apribojimai (įmonės paslaugos iš esmės būtų skirtos perkančiajai organizacijai), šiai įmonei pagrįstai galima netaikyti viešuosius pirkimus reguliuojančių teisės normų apribojimų, nes jie nustatyti siekiant apsaugoti konkurenciją, kurios tokiomis aplinkybėmis negali būti. Dėl to tai, kad įmonės (tiekėjo) didžiausią veiklos dalį sudaro institucijos, kuriai ji priklauso, atžvilgiu vykdoma veikla minėto sprendimo *Teckal* prasme, pripažįstama tik tuo atveju, jei įmonės veikla iš esmės yra skirta šios institucijos poreikiams tenkinti, o bet kokia kita veikla yra šalutinio pobūdžio.

Kad būtų nustatyta, ar ši sąlyga įvykdyta, nacionalinis teismas turi atsižvelgti į visas bylos aplinkybes, įskaitant kiekybinius (pvz., apyvarta, pajamos) ir kokybinius (pvz., perkančiųjų organizacijų naudai vykdomos srities dalis visos veiklos kontekste, vykdomos veiklos pobūdis rinkoje) kriterijus. Pagal Teisingumo Teismo praktiką iš tikrųjų įmonės, su kuria sudaryta sutartis, veikla, į kurią reikia atsižvelgti, yra ta, kurią ši įmonė vykdo pagal perkančiosios organizacijos su ja sudarytą sutartį, nepaisant to, kas iš šios veiklos gauna naudos: pati perkančioji organizacija ar asmuo, kuris tomis paslaugomis naudojasi. Šiuo atveju taip pat teisiškai nereikšminga, kas atlygina už šią veiklą: ar tai būtų pati perkančioji organizacija, ar asmuo, kuris naudojasi suteiktomis paslaugomis, nesvarbu ir kokioje teritorijoje ši veikla vykdoma. Tais atvejais, kai įmonę valdo kelios institucijos, pripažįstama, kad sąlyga, susijusi su pagrindine jos veiklos dalimi, įvykdyta, jei ši įmonė pagrindinę savo veiklos dalį vykdo ne tik vienos, bet visų šių institucijų atžvilgiu

(nurodytas *Sprendimas Carbotermo ir Consorzio Alisei*), išskyrus, kai įmonė (tiekėjas) privalo vykdyti visų ją kontroliuojančių įstaigų (nepriklausomai nuo akcijų kiekio) pateikiamus užsakymus (nurodytas *Sprendimas Asociación Nacional de Empresas Forestales*).

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo senato 2009 m. rugsėjo mėn. 3 d. Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga Nr. 31